

## JAAC 57.1

Bundesamt für Justiz, 10. Januar 1992

---

*Police des étrangers. Garantie d'hébergement au profit de personnes étrangères qui ont besoin d'un visa pour entrer en Suisse.*

*Lors de la délivrance d'une telle garantie, il faut distinguer deux rapports de droit:*

- 1. L'hôte suisse et la personne étrangère se lient en principe par une véritable stipulation pour autrui (art. 112 CO) qui confère au tiers bénéficiaire une créance propre. Une résiliation est possible, tant que le tiers n'a pas déclaré faire usage de son droit; des dérogations peuvent être convenues dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux bonnes mœurs (art. 20 CO). Exigences quant à la forme de la résiliation.*
  - 2. L'autorité de police des étrangers qui accorde à une personne étrangère un visa ou une autorisation de séjour prend de ce fait une décision; celle-ci peut être révoquée lorsque les conditions - notamment l'existence d'une garantie d'hébergement valable - ne sont plus remplies (art. 9 al. 2 let. b LSEE).*
- 

*Fremdenpolizei. Beherbergungsgarantie zugunsten ausländischer Personen, welche für die Einreise in die Schweiz ein Visum benötigen.*

*Bei der Abgabe einer solchen Garantie sind zwei Rechtsverhältnisse zu unterscheiden:*

- 1. Zwischen der einladenden Person in der Schweiz und der ausländischen Person wird grundsätzlich ein echter Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 OR) abgeschlossen, durch welchen der begünstigte Dritte ein eigenständiges Forderungsrecht erhält. Ein Rücktritt ist möglich, solange der Dritte den Beitritt nicht erklärt hat; abweichende Regelungen sind möglich, sofern sie nicht gegen die guten Sitten verstossen (Art. 20 OR). Formvorschriften für die Erklärung des Rücktritts.*

**2. Die Fremdenpolizeibehörde, welche der ausländischen Person ein Visum beziehungsweise eine Aufenthaltsbewilligung erteilt, trifft damit eine Verfügung; diese kann widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen - namentlich das Vorliegen einer gültigen Beherbergungsgarantie - nicht mehr erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 Bst. b ANAG).**

---

**Polizia degli stranieri. Garanzia d'alloggio in favore di persone straniere che necessitano di un visto per entrare in Svizzera.**

**Nel rilascio di una simile garanzia deve essere fatta distinzione tra due rapporti giuridici:**

**1. Tra la persona ospitante in Svizzera e la persona straniera è stipulato in principio un vero contratto a favore di terzi (art. 112 CO) mediante il quale il terzo beneficiario acquisisce un proprio diritto di credito. E' possibile un recesso finché il terzo non ha dichiarato d'aderire; sono possibili deroghe nella misura in cui non sono contrarie ai buoni costumi (art. 20 CO). Prescrizioni formali per la dichiarazione del recesso.**

**2. L'autorità di polizia degli stranieri che rilascia alla persona straniera un visto rispettivamente un permesso di dimora prende pertanto una decisione: questa può essere revocata quando non sono più adempiute le condizioni - segnatamente l'esistenza di una valida garanzia d'alloggio - (art. 9 cpv. 2 lett. b LDDS).**

---

Dem Bundesamt für Justiz (BJ) wurden Fragen gestellt bezüglich der Art und Natur der Rechtsverhältnisse bei der Abgabe von Beherbergungsgarantien zugunsten ausländischer Personen, welche für die Einreise in die Schweiz ein Visum benötigen. Es nahm wie folgt Stellung.

## I. Sachverhalt und Ausgangslage

Das Hilfswerk S. wurde im Januar 1989 von zwei Mitarbeiterinnen im Libanon ersucht, Frau Z., welche im Libanon wegen ihrer Schwangerschaft in Schwierigkeiten geraten war, bei ihrer Einreise in die Schweiz zu unterstützen. Nachdem das Hilfswerk S. eine Beherbergungsgarantie abgegeben hatte, erhielt Frau Z. eine Einreisebewilligung. Die Beherbergungsgarantie enthielt lediglich zwei Sätze, in denen sich das Hilfswerk in genereller Weise zur Kostenübernahme für Frau Z. sowie ihr noch nicht geborenes Kind verpflichtete. Die Garantie enthielt weder eine zeitliche noch eine betragsmässige Beschränkung. Im zweiten Satz wurden ausdrücklich die medizinischen Kosten und Spitalkosten für die Geburt in die Garantie eingeschlossen. Nachdem es zwischen dem Hilfswerk S. und Frau Z. zum Zerwürfnis gekommen war, zog das Hilfswerk S. mit Brief an die kantonale

Fremdenpolizei vom 20. November 1990 seine Garantie zurück. Am 23. Januar 1991 wurde die Aufenthaltsbewilligung von Frau Z. widerrufen. Zwischen dem Sozialamt der Stadt E. und dem Hilfswerk S. ist nun ein Streit über die Übernahme der Kosten entstanden.

## II. Rechtsverhältnisse

Im Zusammenhang mit der Abgabe von Beherbergungsgarantien sind zwei verschiedene Rechtsverhältnisse zu unterscheiden. Eine erste Rechtsbeziehung besteht zwischen der ausländischen Person, welche in die Schweiz einreisen will und den schweizerischen Behörden, welche die Einreisebewilligung erteilen (dazu hinten IV). Davon zu unterscheiden ist ein zweites Rechtsverhältnis zwischen der einreisewilligen ausländischen und der in der Schweiz wohnhaften Person, welche die Beherbergungsgarantie abgibt (nachfolgend III).

## III. Die Garantieerklärung

1. Ob das Verhältnis zwischen der ausländischen Person und der einladenden Person *privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur* ist, muss aufgrund der verschiedenen von der Lehre zur Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht entwickelten Theorien bestimmt werden (VPB 48.70, S. 449; *Häfelin Ulrich / Müller Georg*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1990, S. 44 f.; *Imboden Max / Rhinow René A.*, Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976, Nr. 1/B/II; *Fleiner-Gerster Thomas*, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, S. 39 ff.; *Grisel André*, Droit administratif suisse, Neuenburg 1970, S. 44 ff.).

Nach der Subjektstheorie ist das vorliegende Rechtsverhältnis dem Privatrecht zuzuordnen, da es sich bei den Vertragspartnern um private Personen handelt und kein mit hoheitlicher Gewalt ausgestaltetes Rechtssubjekt daran beteiligt ist. Auch die Subjektikons- oder Subordinationstheorie sprechen für ein privatrechtliches Verhältnis, da die ausländische und die einladende Person zueinander nicht in einem Unterordnungsverhältnis stehen. Nach der Funktionstheorie handelt es sich ebenfalls eher um Privatrecht, da die Bestreitung von Lebenshaltungskosten und Kosten für medizinische Betreuung in erster Linie nicht eine öffentliche Aufgabe darstellen, sondern private Aufwendungen sind. Sofern die Garantie jedoch Kosten für eine Ausschaffung beinhaltet, ist der Vertrag nach der Funktionstheorie dem öffentlichen Recht zuzuschreiben, da die Ausschaffung eine hoheitliche Tätigkeit darstellt. Die Interessentheorie deutet ebenso auf das öffentliche Recht hin, da hinter der Garantieerklärung das Interesse des Staates steht, durch den Aufenthalt der betreffenden Person in der Schweiz keine Fürsorgekosten entstehen zu lassen.

Gesamthaft gesehen überwiegen eher die Kriterien, welche für die Annahme eines privatrechtlichen Verhältnisses sprechen, soweit es zumindest nicht um Kosten für eine Ausschaffung geht. Für die Annahme eines privatrechtlichen Verhältnisses spricht zudem die Tatsache, dass für die einladende Person keine

Verpflichtung besteht, die Garantieerklärung abzugeben. Die Frage muss hier jedoch nicht abschliessend beurteilt werden und je nach Art der Garantie ergibt sich diesbezüglich unter Umständen eine andere Antwort.

2. Was die *Art* des Vertragsverhältnisses betrifft, ist zunächst festzuhalten, dass ein Bürgschaftsvertrag (Art. 493 ff. OR) als Vertragstyp im Fall der Beherbergungsgarantien nicht in Betracht kommt.

Bei einer Bürgschaft verspricht ein Bürge dem Gläubiger, für die Schuld des Schuldners einzustehen (*Guhl Theo / Merz Hans / Druey Jean Nicolas*, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 556). Das Obligationenrecht schreibt für die Eingehung einer Bürgschaft qualifizierte Formerfordernisse vor (Art. 493 OR; *Guhl/Merz/Druey*, a. a. O., S. 560) und verlangt, dass in der Bürgschaftsurkunde selbst ein zahlenmässig bestimmter Höchstbetrag der Haftung genannt wird (Art. 493 Abs. 1 OR; *Guhl/Merz/Druey*, a. a. O., S. 561).

Ein Bürgschaftsvertrag wird zwischen Bürge und Gläubiger geschlossen. Eine Bürgschaft kann für eine noch nicht entstandene oder bedingte Forderung eingegangen werden (*Guhl/Merz/Druey*, a. a. O., S. 559). Bei der Beherbergungsgarantie ist jedoch nicht nur die Forderung noch nicht entstanden, sondern es stehen auch die Gläubiger nicht fest. Ein Vertrag kann zwischen den Gläubigern und dem Bürgen zum Zeitpunkt der Visumserteilung daher nicht geschlossen werden. Vertragspartner sind bei der Abgabe einer Beherbergungsgarantie die einladende und die ausländische Person.

3. Der Vertrag zwischen der einladenden Person und dem Ausländer oder der Ausländerin ist als sogenannt *echter Vertrag zugunsten Dritter* (Art. 112 OR) zu qualifizieren. Die einladende Person wird als Promittentin und der Ausländer als Promissar bezeichnet.

3.1. Bei einem Vertrag zugunsten Dritter verpflichtet sich ein Vertragspartner gegenüber dem anderen, einem Dritten eine Leistung zu erbringen. Der Dritte erwirbt mit Abschluss des Vertrages die Berechtigung, ohne dass seinerseits eine Mitwirkung erforderlich wäre (*Bucher Eugen*, Schweizerisches Obligationenrecht [OR], Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 479). Ein Vertrag zugunsten Dritter kann abgeschlossen werden, auch wenn der oder die Dritte noch nicht bestimmt ist (*Von Tuhr Andreas / Escher Arnold / Siegwart Alfred*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 246). Bei der Beherbergungsgarantie können so alle Stellen oder Personen in die Garantie eingeschlossen werden, welchen Kosten für die Betreuung der ausländischen Person entstehen könnten, auch wenn die Aufwendungen im einzelnen noch nicht feststehen.

3.2. Gemäss Art. 112 Abs. 2 OR hat der oder die Dritte ein eigenständiges Forderungsrecht, wenn dies die Meinung der beiden Vertragsschliessenden war oder wenn es der Übung entspricht. Bei den Beherbergungsgarantien ist von einem eigenständigen Forderungsrecht der Dritten auszugehen, da

nur die Begründung eines eigenständigen Forderungsrechts der Anforderung entspricht, welche die schweizerischen Behörden bei der Erteilung des Visums verlangen.

**3.3.** Beim Vertrag zugunsten Dritter bestehen nicht die strengen Formvorschriften wie bei der Bürgschaft. Dementsprechend ist auch die Bindung nicht so stark und in Art. 112 Abs. 3 OR ein Rücktrittsrecht vorgesehen. Gemäss dieser Bestimmung ist ein Rücktritt bis zu dem Zeitpunkt möglich, in welchem die begünstigte Person die Forderung ausgeübt hat oder zumindest erklärt hat, von ihrem Recht Gebrauch machen zu wollen (*Guhl Theo / Merz Hans / Koller Alfred*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, a. a. O., S. 165).

**3.4.** Wer zur Erklärung des Rücktritts berechtigt ist, regelt das OR nicht. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass entweder der Promissar die Begünstigung des Dritten aufheben kann oder die beiden Vertragspartner durch Aufhebung ihres Vertrages (Bucher, a. a. O., S. 479; Guhl/Merz/Koller, a. a. O., S. 165). Dieses Recht muss unseres Erachtens jedoch auch dem Promittenten allein zustehen. Denn Formvorschriften zum Schutz der sich verpflichtenden Person fehlen beim Vertrag zugunsten Dritter im Gegensatz zur Bürgschaft. Deshalb rechtfertigt es sich, die Auswirkungen für die verpflichtende Person weniger streng auszugestalten. Zudem steht bei der Beherbergungsgarantie keine Gegenleistung der ausländischen Person gegenüber. Für ein Rücktrittsrecht des Promittenten sprechen auch die allgemeinen Regeln über das Vertragsrecht wie die *clausula rebus sic stantibus* und die Bestimmungen von Art. 20 OR über sittenwidrige Verträge. Wenn, wie im vorliegenden Fall, über die Höhe der Garantie im Vertrag nichts gesagt wird und sich die Garantie über unbestimmte Dauer erstreckt, würde das Fehlen einer Rücktrittsmöglichkeit wohl zu einer sittenwidrigen Bindung führen. In Analogie zu Art. 510 OR beim Bürgschaftsvertrag muss ein Rücktritt vom Vertrag ausserdem dann möglich sein, wenn sich die Vermögensverhältnisse beim Promissar erheblich verschlechtert haben oder wenn es sich nachträglich herausstellt, dass die Vermögensverhältnisse wesentlich schlechter waren, als der Promittent dies annehmen durfte.

**3.5.** Das Obligationenrecht sagt nichts darüber aus, in welcher Form die Erklärung des Rückzugs der Beherbergungsgarantie zu geschehen hat. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist jedoch zu fordern, dass dieser Rücktritt schriftlich zu erfolgen hat. Ausserdem ist der Rückzug der kantonalen Fremdenpolizeibehörde mitzuteilen, denn sie ist für den Entzug der Aufenthaltsbewilligung von ausländischen Personen zuständig, welche die Voraussetzungen für den Aufenthalt in der Schweiz nicht mehr erfüllen.

**3.6.** Die begünstigte Person kann den Beitritt zum Vertrag erklären, sobald sie von ihrem Recht Kenntnis hat; bei einer bedingten Forderung auch bevor die Bedingung eingetroffen ist (Von Tuhr/Escher/Siegwart, a. a. O., S. 247). Dies bedeutet für die Beherbergungsgarantie, dass die Begünstigten dann den Beitritt erklären können, wenn sie von der Garantieerklärung Kenntnis haben.

Dies ist frühestens der Fall, wenn sich die ausländische Person in der Schweiz befindet und Leistungen, welche von der Beherbergungsgarantie umfasst sind, in Anspruch nimmt.

**3.7.** Art. 112 Abs. 3 OR ist keine zwingende Bestimmung des Obligationenrechts (Von Tuhr/Escher/Siegwart, a. a. O., S. 247). Das bedeutet, dass die Parteien untereinander eine andere Abmachung treffen können. Nach Von Tuhr/Escher ist es beispielsweise möglich, dass sich die Vertragspartner gegenüber der begünstigten Person verpflichten, vom Rücktrittsrecht keinen Gebrauch zu machen (Von Tuhr/Escher/Siegwart, a. a. O., S. 247 f.). Eine solche Abmachung ist im vorliegenden Fall jedoch nicht ersichtlich. Ein Ausschluss des Rücktrittsrechts wäre zudem an die Schranken von Art. 20 OR gebunden. Soweit der Ausschluss des Rücktrittsrechts übermässige Bindungen mit sich bringen würde, wäre er unzulässig.

**3.8.** Sind keine besonderen Abmachungen getroffen worden, so findet die Regelung von Art. 112 Abs. 3 OR Anwendung. Deshalb ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall ein Rückzug der Beherbergungsgarantie bis zu demjenigen Zeitpunkt möglich war, als die Stadt F. erklärt hat, sie wolle von der Garantie Gebrauch machen. Andererseits ist das Hilfswerk S. zur Bezahlung derjenigen Kosten verpflichtet, welche bis zum Zeitpunkt des Rückzugs der Beherbergungsgarantie entstanden sind.

#### IV. Visumerteilung für die Einreise

**1.** Die Erteilung eines Visums für die Einreise in die Schweiz stellt eine Verfügung dar. Vorbehalten besonderer völkerrechtlicher oder landesrechtlicher Bestimmungen (bilaterale Staatsverträge, Flüchtlingskonvention, Übereinkommen über den diplomatischen Verkehr, Art. 8 EMRK, Bestimmungen des BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG], SR 142.20, usw.) besteht für Ausländer und Ausländerinnen kein Anspruch auf Einreise und Aufenthalt in der Schweiz (Art. 4 ANAG; *Bolz Urs*, Rechtsschutz im Ausländer- und Asylrecht, Basel/Frankfurt am Main 1990, S. 29; *Malinverni Giorgio*, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Bern/Zürich 1987, Art. 69<sup>ter</sup>, Rz. 30). Ausländische Personen benötigen für den Aufenthalt in der Schweiz eine Bewilligung (Art. 1 ANAG), und gewisse Gruppen von Ausländern benötigen bereits für die Einreise ein Visum (Art. 2 der V vom 10. April 1946 über Einreise und Anmeldung der Ausländer, SR 142.211; *Thürer Daniel*, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, in: Frowein/Stein [Hrsg.], Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht, Berlin 1987, Teil 2, S. 1362 f.; *Gutzwiller Peter Max / Baumgartner Urs L.*, Schweizerisches Ausländerrecht; die Rechtsstellung der Ausländer in der Schweiz, Basel 1989, S. 9 f.).

**2.** Sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung nicht mehr erfüllt, so kann die Bewilligung aufgehoben werden (Imboden/Rhinow, a. a. O., Nr. 45/B/I). Dabei ist eine Interessen- oder Wertabwägung vorzunehmen (Imboden/Rhinow, a. a. O., Nr. 45/B/II mit Verweis auf Nr. 41; Häfelin/Müller, a. a. O., S. 167, Rz. 767). Die Fremdenpolizeibehörde kann demnach eine Aufenthaltsbewilligung für eine ausländische Person entziehen, wenn die geforderten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2

Bst. b ANAG). Besteht daher, wie im vorliegenden Fall, keine gültige Beherbergungsgarantie mehr, so ist die Fremdenpolizeibehörde befugt, die Aufenthaltsbewilligung zu entziehen und die betreffende Person aus der Schweiz auszuweisen. Bei dieser Entscheidung ist jedoch eine Wertung der verschiedenen Interessen vorzunehmen. Die Interessen und die Situation der ausländischen Person sind zu gewichten und in Bezug zu setzen mit dem Risiko, dass die betreffende Person fürsorgeabhängig wird.

## V. Abschliessende Bemerkungen

Ausländer und Ausländerinnen haben, wie erwähnt, grundsätzlich keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt in der Schweiz (Bolz, a. a. O., S. 29). Wenn der Bund daher gestützt auf Art. 69<sup>ter</sup> BV Regelungen über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern erlässt, greift er nicht in einen rechtlich geschützten Anspruch ein. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Garantieerklärung nicht rechtlich geregelt werden soll. Das Legalitätsprinzip gilt nicht nur in der Eingriffsverwaltung, sondern für die Verwaltungstätigkeit generell. In der Lehre wird an der gesetzlichen Normierung im Bereich des Ausländerrechts ganz allgemein Kritik geübt, weil viele Fragen auf der Stufe der Verordnung geregelt werden, welche der Materie nach in einem formellen Gesetz geregelt werden müssten und zudem vieles in Weisungen bestimmt wird (Bolz, a. a. O., S. 6 und 227 mit weiteren Hinweisen). Ein Ausländergesetz, welches klarere gesetzliche Grundlagen geschaffen hätte, wurde im Jahre 1982 in der Volksabstimmung verworfen (BBl 1982 II 961 ff. und BBl 1981 II 568 ff.). Aber auch ohne formell-gesetzliche Grundlage liesse sich in der Frage der Beherbergungsgarantien im Interesse der Rechtssicherheit, der rechtsgleichen Praxis der Behörden sowie der Transparenz der Verwaltung mehr Klarheit schaffen. In jedem Fall sollte der Bundesrat auf dem *Verordnungsweg* darauf hinwirken, dass die Verträge zugunsten Dritter, durch welche die Beherbergungsgarantien begründet werden, präziser gestaltet werden. Im Vertrag sollten die von der Garantie umfassten Arten von Forderungen sowie Höhe und Dauer der Verpflichtung näher umschrieben werden, um Streitigkeiten über den Umfang der Garantie zu vermeiden.

---

## **JAAC 57.1 - Bundesamt für Justiz, 10. Januar 1992**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1993
Année	
Anno	
Band	57
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 001 712

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.